

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Caso Banred: el alcance de la doctrina de las facilidades esenciales en el Derecho  
de Competencia ecuatoriano**

**Daniela Alejandra Caicedo Enríquez**  
**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisitos para la  
obtención del título de Abogado

Quito, 28 de noviembre de 2024

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Daniela Alejandra Caicedo Enríquez

Código: 00320488

Cédula de identidad: 1725198012

Lugar y fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

## ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## UNPUBLISHED DOCUMENT

**Note:** The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

# **CASO BANRED: EL ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO DE COMPETENCIA ECUATORIANO.<sup>1</sup>**

## **BANRED CASE: THE SCOPE OF THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE IN ECUADORIAN COMPETITION LAW.**

Daniela Alejandra Caicedo Enríquez<sup>2</sup>  
danielacaicedoenriquez@gmail.com

### **RESUMEN**

Esta investigación busca delimitar el alcance de la doctrina de las facilidades esenciales. El estudio inicia revisando el desarrollo histórico de esta doctrina y analiza los criterios clave para su aplicación, con la finalidad de determinar cuándo un insumo es verdaderamente esencial. Posteriormente, analiza la jurisprudencia internacional más actual, revelando nuevos hallazgos sobre los límites de aplicación de esta doctrina. El trabajo revisa la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales en Ecuador, a la luz del caso Banred. Finalmente, se propone un límite a la aplicación de la doctrina, que equilibre la protección de los incentivos a invertir, con la necesidad, en circunstancias excepcionales, de imponer a los operadores económicos una obligación a compartir el acceso a bienes e insumos de su propiedad.

### **PALABRAS CLAVE**

Facilidad esencial, insumo esencial, negativa a contratar, Doctrina Bronner, Banred.

### **ABSTRACT**

*This research seeks to delimit the scope of the essential facilities doctrine. The study begins by reviewing the historical development of this doctrine and analyzes the key criteria for its application, in order to determine when an asset is truly essential. Then analyzes the most current international case law, revealing new findings on the limits of application of this doctrine. The paper reviews the application of the essential facilities doctrine in Ecuador, in light of the Banred case. Finally, it proposes a limit to the application of the doctrine that balances the protection of incentives to invest, with the need, in exceptional circumstances, to impose on economic operators an obligation to share access to goods and inputs owned by them.*

### **KEY WORDS**

*Essential Facilities, Refusal to deal, Bronner Doctrine, Banred,.*

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Navarrete Serrano.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

## SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO TEÓRICO. - 3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES. - 4. MARCO NORMATIVO. -5. EL DILEMA DE LA COMPETITIVIDAD. -5.1. LOS INCENTIVOS A INVERTIR. -5.2. LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. -6. LA OBLIGACIÓN DE COMPARTIR DEBE SER ORDENADA DE MANERA EXCEPCIONAL. -6.1. QUÉ HACE A UNA FACILIDAD ESENCIAL. - 6.1.1. INDISPENSABILIDAD DEL INSUMO. - 6.1.2. LA ELIMINACIÓN DE LA COMPETENCIA. -7. DISCUSIONES RECIENTES ALREDEDOR DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES. -7.1. SLOVAK TELEKOM. -7.2. LITHUANIAN RAILWAYS. -7.3. GOOGLE SEARCH (SHOPPING). - 7.4. HACIA UNA APLICACIÓN MÁS ESTRICTA DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES. - 8. BANRED: EL CASO ECUATORIANO. -8.1. LA SCPM DISTORSIONÓ LA EXCEPCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN A COMPARTIR. - 8.2. BANRED NO TIENE LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR CON SU COMPETIDOR EN LOS TÉRMINOS QUE LA SCE CONSIDERE ADECUADOS. -9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

### 1. Introducción

Imponer a un operador económico la obligación de compartir el acceso a una infraestructura, construida con sus propios recursos, no solo ignora derechos constitucionales como la libertad contractual y el derecho a la propiedad, sino que genera distorsiones perjudiciales en la competencia, al desincentivar a los operadores económicos a invertir en la investigación, creación e implementación de nuevos bienes y servicios. Por esta razón solo debe ser aplicada en circunstancias excepcionales.

La doctrina de las facilidades esenciales establece los criterios para determinar en qué casos un operador está obligado a compartir su instalación; sin embargo, las autoridades de competencia en el mundo han aceptado con demasiada simpleza la doctrina de las facilidades esenciales, como fundamento para determinar que el propietario de una facilidad esencial incurrió en una práctica ilegal, obligando a compartir esta instalación con sus competidores<sup>3</sup>. Por esta razón, actualmente se están discutiendo los límites para la aplicación de esta doctrina.

El presente trabajo, a partir de la revisión de las decisiones más recientes e importantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (, TJUE,) busca contribuir a

---

<sup>3</sup> Massimo Motta, *Política de competencia* (México: Fondo de Cultura Económica FDE y Centro de Investigación y docencias económicas CIDE, 2021), 100.

esclarecer en qué circunstancias el Estado, de manera excepcional, puede imponer una obligación de compartir una infraestructura o bien de propiedad privada.

Este trabajo empieza por revisar brevemente la evolución histórica de la doctrina de facilidades esenciales, mediante la revisión de la jurisprudencia que sentó las bases de los elementos de esta doctrina, hasta llegar al estado de la discusión actual alrededor de la aplicación y alcance de la misma. Al respecto de los elementos de la doctrina de las facilidades esenciales, el trabajo se centra en definir qué hace que un insumo sea una facilidad esencial.

Posteriormente, este trabajo analiza la jurisprudencia más reciente, y establece posibles implicaciones de estas nuevas decisiones en la aplicación y desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales. Por último, presenta el caso Banred para ilustrar cómo la autoridad de competencia ecuatoriana ha abordado, de forma errónea, la obligación de compartir el acceso a una instalación propia de un operador económico, y de qué manera el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (, TCA,) ha esclarecido que ningún operador, por regla general, está obligado a contratar con su competidor, reafirmando el principio de excepcionalidad de imposición de esta obligación.

## **2. Marco teórico**

El derecho de competencia interviene cuando los operadores económicos realizan prácticas que resultan dañinas para el proceso competitivo<sup>4</sup>, particularmente, busca evitar que las prácticas empresariales restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, asegurando así, un entorno equitativo para todos los participantes del mercado.

Dentro de las diferentes conductas que sanciona el derecho de competencia, se encuentran las prácticas de abuso de posición de dominio, mismas que se materializan cuando una o más empresas, que detentan una posición dominante, utilizan esta posición para excluir a sus competidores de manera injustificada, o para explotar consumidores y otros agentes del mercado.

Específicamente las prácticas de abuso de poder de dominio excluyentes se relacionan con la eliminación injustificada de los competidores del mercado en el que participa la empresa dominante<sup>5</sup>. Este tipo de prácticas impiden, de manera directa o

---

<sup>4</sup> Richard Wish y David Baley, *Competition law* (Oxford: Oxford University Press, 2015),3.

<sup>5</sup> Javier Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia antimonopolios* (Bogotá: Editorial Temis, 2011), 104.

indirecta, que otros competidores igual de eficientes que el operador dominante, puedan competir en el mercado. La doctrina de las facilidades esenciales ha sido usada para identificar el cometimiento de diferentes tipos de prácticas de abuso de la posición dominante.

Alfredo Ugarte Soto define una facilidad esencial como un activo de carácter corporal o incorporeal, que otorga un beneficio económico a quien lo detenta y lo ponen en una mejor posición sobre sus competidores, generado un desequilibrio entre los competidores del mercado<sup>6</sup>. Este concepto sugiere que el acceso a este tipo de instalaciones o recursos es indispensable para que las empresas puedan competir de manera efectiva.

La doctrina de las facilidades esenciales juega un papel fundamental en la regulación de la competencia, ya que establece los criterios bajo los cuales, de forma excepcional, un operador puede ser obligado a compartir su infraestructura, como medida reparatoria, ante el cometimiento de una determinada práctica de abuso de poder de dominio.

### **3. Evolución histórica de la doctrina de las facilidades esenciales y Bronner**

La doctrina de las facilidades esenciales ha evolucionado a lo largo de más de un siglo. Esta sección recopila la literatura y discusiones más relevantes en torno al alcance y aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales.

Esta doctrina se originó en el caso *Terminal Railroad Association* en Estados Unidos en 1912. La Corte Suprema de los Estados Unidos (, Corte Suprema,) encontró que esta asociación, formada por varias compañías ferroviarias, imponía a sus competidores condiciones discriminatorias y tarifas desfavorables para permitirles acceder a los únicos puentes y terminales que cruzaban el río Mississippi, que daban acceso a la ciudad St. Louis.

Estas instalaciones fueron calificadas como instalaciones esenciales porque eran imposibles de replicar. Esto se debía a que los puentes y terminales eran los únicos en una posición geográfica adecuada para conectar con las demás redes ferroviarias del este y oeste, además porque la ciudad de St. Louis era un punto crucial de tránsito comercial y no existían otras ciudades cercanas con el mismo nivel de conectividad estratégica.

---

<sup>6</sup> Alfredo Ugarte Soto, “Facilidades esenciales y abuso de posición dominante”, *Revista de derecho Universidad Católica del Norte* 2 (2013), 237.

Adicionalmente, la Corte Suprema determinó que los costos de construcción de estas instalaciones serían tan altos que resultaría económicamente inviable duplicar la facilidad, e incluso, si la construcción hubiese sido económica y técnicamente viable, el tiempo requerido para poner en funcionamiento una instalación similar habría dejado, de todas formas, a las empresas fuera del mercado. Bajo estos argumentos, la Corte Suprema estableció que, la infraestructura debía compartirse con otros operadores para evitar la exclusión del mercado y garantizar la competencia<sup>7</sup>.

En la Unión Europea, la doctrina inició en el caso *Commercial Solvents Corporación* de 1974<sup>8</sup>. *Comercial Solvents Corporation*, único productor de un insumo químico indispensable para fabricar etambutol, un medicamento antituberculoso, decidió ingresar al mercado de productos terminados, y no solo limitarse a la producción de materias primas y productos intermedios. Como resultado, dejó de suministrar dicho insumo a Zoja, uno de sus competidores en la fabricación de etambutol. El TJUE consideró que esta conducta constituía un abuso de posición dominante porque la negativa a abastecer, de materias primas o servicios, que sean indispensables a una empresa con la que el operador compite en un mercado afín, podría eliminar toda la competencia.

Si bien ha existido un amplio desarrollo a través de discusiones, jurisprudencia, y doctrina, los elementos base de esta doctrina se han mantenido a lo largo del tiempo. En general, un operador es responsable por una conducta de abuso de poder de dominio, a la luz de la doctrina de las instalaciones esenciales, cuando se demuestre: 1) el control de la instalación esencial por parte de un operador dominante, 2) que el insumo sea indispensable para competir en el mercado, 3) que la denegación del uso de la instalación a un competidor podría eliminar la competencia efectiva, 4) la viabilidad de proporcionar la instalación; y 5) la falta de una justificación objetiva<sup>9</sup>.

En el caso *Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs, Mediaprint*, que controlaba la única red nacional de distribución de periódicos a domicilio, se negó a proporcionar acceso a su red a Bronner, dueño de un pequeño periódico local. Según Bronner, esta negativa impedía la competencia efectiva de su periódico en el mercado, y consideraba inviable que pueda desarrollar su propia red de distribución. Sin embargo, el TJUE estableció que Bronner sí podía distribuir su periódico a través de otros medios,

---

<sup>7</sup> *United States v. Terminal Railroad Association*, Corte Suprema de Estados Unidos, 22 de abril de 1912, 409.

<sup>8</sup> *Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities*. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de marzo de 1974, párr.25.

<sup>9</sup> Richard Wish y David Baley, *Competition Law*, 740.

como kioscos o suscripciones, aunque estos fueran menos eficientes. El TJUE concluyó que la negativa de Mediaprint no excluía por completo a Bronner; además, aceptó que el sistema de distribución de Mediaprint fue desarrollado con inversión significativa para sus propios productos y no estaba diseñada para soportar productos de competidores.

A la luz de este caso nace la doctrina Bronner, la cual establece que una conducta de negativa de suministro o acceso solo será abusiva, y por ende generará la obligación de compartir, cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) que la negativa de acceso pueda eliminar toda la competencia en el mercado, 2) que el acceso a la facilidad sea indispensable para el ejercicio de la actividad del solicitante, y 3) que no existan justificaciones objetivas para la negativa<sup>10</sup>.

El caso Bronner introdujo un estándar mucho más exigente para determinar cuándo una negativa de suministro constituye un abuso de posición dominante. Este caso reconoce que la imposición de la obligación a compartir los bienes y recursos debe ser de carácter excepcional, especialmente, para proteger los incentivos a invertir de las empresas.

En casos recientes, como *Lithuanian Railways*, *Slovak Telekom* y *Google Shopping*, el TJUE redefinió el alcance de la aplicación de la doctrina. Por un lado, ha restringido su aplicación únicamente a las circunstancias en la que existe una negativa total a permitir el acceso, y la han limitado a los casos en lo que no exista una regulación previa que regule dicho acceso. Estas decisiones proponen nuevos límites para la aplicación de la doctrina, y por ende una aplicación sumamente más limitada de la imposición de la obligación de compartir.

Esta jurisprudencia, destaca la importancia de respetar y proteger los derechos a la libertad de contratación y el derecho a la propiedad, además de reconocer el impacto perjudicial que pueden causar la intervención del estado al imponer a los operadores una obligación de compartir sus infraestructuras propias, debido a que menoscaba los incentivos a innovar e invertir.

#### **4. Marco normativo**

Esta sección revisa el ordenamiento jurídico ecuatoriano e internacional en lo relativo al establecimiento de conductas de abuso de posición de dominio, frecuentemente relacionadas con la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales.

---

<sup>10</sup> *Oscar Bronner GmbH / CO. KG c. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG* y otros. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala sexta, párr.41.

El artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el sistema económico en Ecuador es un sistema social y solidario, integrado por diversas formas de organización económica pública, privada, mixta, entre otras. Adicionalmente, el artículo 335 de la Constitución señala que, el Estado está encargado de establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado.

Por último, el artículo 336 de la Constitución reconoce que el estado tiene el deber de asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades. En este sentido, la Constitución permite un rol de participación, no solo pasivo, –de sanción–, sino también activo, –de promoción de la competencia–.

Por lo expuesto, estos artículos obligan al Estado a intervenir, cuando sea necesario para lograr que se cumpla con los objetivos del derecho de competencia ecuatoriano, y dentro del marco de un estado constitucional de derechos y justicia, que reconoce y garantiza los derechos constitucionales de propiedad y libertad de contratación<sup>11</sup>.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (, LORCPM,) indica que el objetivo de esta es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado.<sup>12</sup>

El artículo 9 de la LORCPM prohíbe, en general, todas las prácticas de abuso de poder de mercado, para el efecto señala que:

[S]e entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general, incluso potencialmente.

Este mismo artículo, recoge de forma ejemplificativa, prácticas que constituyen una conducta de abuso de poder de mercado, entre ellas, la negativa injustificada de acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable, siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial<sup>13</sup>; la implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas<sup>14</sup>;

---

<sup>11</sup> Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>12</sup> Artículo 1. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, [LORCPM]. R.O. Suplemento 511 de 13 de agosto de 2011.

<sup>13</sup> Artículo 9 numeral 14, LORCPM.

<sup>14</sup> Artículo 9 numeral 15, LORCPM.

la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros<sup>15</sup>; y la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.<sup>16</sup>

Inclusive, estas mismas conductas también se encuentran prohibidas por normas integradoras de la Comunidad Andina de Naciones. En específico, el artículo 8 de la decisión 608, identifica como conductas de abuso de posición de dominio, entre otras, las siguientes: la adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva<sup>17</sup>; la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios; y, la incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios<sup>18</sup>; impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios a otros<sup>19</sup>; aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica<sup>20</sup>.

En la Comunidad Europea, un referente internacional para el derecho de competencia, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (, TFUE,) también prohíbe el abuso de posición dominante. Por último, en el derecho antitrust, la base de estas prohibiciones tiene asidero en la Sección 2 del *Sherman Act*, bajo la cual es ilegal monopolizar un mercado.

## **5. El dilema de la competitividad**

El dilema de la competitividad se refiere al conflicto inherente en la búsqueda de equilibrar dos objetivos fundamentales del derecho de competencia; por una parte, la protección de los derechos de los operadores económicos a la libertad de contratación y al derecho de propiedad, y por otra, el garantizar el acceso a recursos esenciales para permitir la competencia efectiva sin reducir los incentivos a invertir.

---

<sup>15</sup> Artículo 9 numeral 7, LORCPM.

<sup>16</sup> Artículo 9 numeral 9, LORCPM.

<sup>17</sup> Artículo 8 literal d, Decisión 608: Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina Publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Andina, 31 de marzo de 2005.

<sup>18</sup> Artículo 8, Literal e, Decisión 608 de la CAN.

<sup>19</sup> Artículo 8, Literal f, Decisión 608 de la CAN.

<sup>20</sup> Artículo 8, Literal g Decisión 608 de la CAN.

### 5.1. Los incentivos a invertir

En el caso Bronner, emblemático para la doctrina de las facilidades esenciales, el Abogado general Jacobs reconoció que el derecho de los operadores económicos a elegir con quien comerciar, y a disponer libremente de sus bienes, son principios generalmente reconocidos en las legislaciones de los estados miembros de la Unión Europea<sup>21</sup>, y están protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>22</sup>.

El respeto y la protección del derecho a la libertad de contratación y propiedad preservan los incentivos para invertir. Los operadores económicos invierten su dinero y recursos en el desarrollo de bienes e infraestructuras, con la legítima expectativa de maximizar su retorno, utilidad, o beneficio. Esto justifica el riesgo y el esfuerzo asociados a la inversión. Si un operador está obligado a compartir la instalación o el bien con otros operadores del mercado, e inclusive con sus propios competidores, se anula la motivación para invertir en primer lugar. Esto no solo perjudica a los operadores económicos, sino que, a largo plazo, afecta al normal desarrollo de la dinámica competitiva.

La innovación e inversión son claves para el correcto funcionamiento de la competencia. Si bien los operadores económicos invierten para maximizar sus propios retornos, al optimizar sus recursos ofrecen productos de calidad a menores precios, son más eficientes e innovan en sus procesos productivos<sup>23</sup>. Sin embargo, si las empresas se ven obligadas a compartir la instalación, las inversiones reducirían drásticamente, lo que impacta negativamente al bienestar del consumidor, y la generación de eficiencia.

La obligación de compartir el acceso también suscita riesgos de *free riding*. El problema del *free riding* se generaría cuando un operador invierte en investigación, desarrollo, construcción, implementación y mantenimiento de una facilidad esencial, y ante la imposición de la obligación de que el dominante comparta el acceso, los otros operadores del mercado, inclusive sus propios competidores, aprovechan este bien o servicio sin haber incurrido en los costos, riesgos y esfuerzo de crear por sí mismos la instalación.

---

<sup>21</sup> Opinión del Abogado General Jacobs, dentro del caso *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- y Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y otros*, 28 de mayo de 1998, párr. 56.

<sup>22</sup> Articles 16 y 17, *Charter of Fundamental Rights of The European Union*, (2000/C 364/01), 18 de diciembre de 2000.

<sup>23</sup> José María Beneyto y Jerónimo Mailló. *Tratado de derecho de competencia* (Barcelona: Editorial BOSCH, 2017), 35.

Además de la imposición de la obligación de compartir una facilidad esencial, existen otros desafíos asociados, como la regulación de las condiciones de acceso a este tipo de bienes. Los operadores, en ejercicio de sus derechos fundamentales, pueden decidir compartir el acceso a la facilidad esencial, pero lo harán cobrando un precio que consideren adecuado para obtener un retorno justo de su inversión. Sin embargo, en estos escenarios, el Estado podría intervenir, pero no para obligar a compartir el acceso, sino para regular las condiciones de acceso, lo que, aunque en menor medida, menoscaba el derecho a la libertad de contratación.

La fijación de condiciones y precios puede ser compleja y generar disputas, si las empresas perciben que no podrán obtener un retorno adecuado, también se podrían desincentivar futuras inversiones. Por esta razón, el Estado solo debe intervenir cuando la conducta pueda eliminar la competencia.

Este razonamiento encuentra eco en el marco normativo ecuatoriano, donde la libertad contractual y el derecho a la propiedad, son reconocidos como derechos fundamentales, establecidos en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

El derecho a la libertad de contratación tiene como eje el principio de autonomía de la voluntad que tienen las partes al momento de celebrar contratos<sup>24</sup>, este derecho se materializa en dos dimensiones: i) la libertad de conclusión, relacionada con la posibilidad de decidir sobre contratar o no, cuándo hacerlo y con quién contratar, y ii) la libertad de configuración interna, correspondiente a la posibilidad que las partes determinen el contenido, condiciones y alcance del contrato, dentro de los límites que la Constitución y la ley les impone.<sup>25</sup>

Por su parte, el derecho a la propiedad es un derecho derivado de la libertad que permite a las personas determinar el destino y función que dan a sus respectivos bienes<sup>26</sup>. Este derecho también garantiza que la propiedad sea respetada y que el Estado no limite dicho derecho sino en la forma prevista en la Constitución y la ley. La obligación de compartir una facilidad esencial reduce la competitividad porque relativiza los derechos de propiedad sobre una inversión<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Sentencia No. 171-14-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de octubre de 2014, 15.

<sup>25</sup> Sentencia No. 7-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 07 de abril de 2021, párr. 26.

<sup>26</sup> Sentencia No. 24-18-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de septiembre de 2021, párrs. 59 y 60.

<sup>27</sup> Alfredo Bullard, “Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de competitividad” en *Temas de derecho industrial y de la competencia* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2000), 34.

El sistema económico de Ecuador es un sistema social y solidario<sup>28</sup>, pero como acertadamente señalan Grijalva y Troya:

[L]a subordinación y funcionalización a objetivos sociales en modo alguno puede implicar su eliminación o distorsión injustificada por parte del Estado, pues el mercado y la competencia son tanto una institución económica que la Constitución reconoce y garantiza como una realidad vinculada esencialmente a derechos subjetivos que también la Constitución establece, como son las libertades de empresa y contratación y el derecho de propiedad que cumple su función social<sup>29</sup>.

En Ecuador, la Constitución se alinea con el objetivo de proteger la dinámica competitiva, al evitar que la intervención del estado sea arbitraria y cree una distorsión injustificada en el mercado. Por lo tanto, la Superintendencia de Competencia Económica (, SCE,) debe actuar según lo establecido por el marco constitucional y legal, sin transgredir los derechos constitucionales al imponer a un operador económico la obligación de compartir su instalación, salvo que, dicha intervención esté debidamente justificada como una medida de *última ratio* para proteger la competencia.

## **5.2. La protección de la competencia**

La intervención del Estado se limita, entre otros supuestos, a cuando se cometan prácticas de abuso de poder de mercado, en los términos estipulados por la ley y en línea con los requisitos establecidos por la misma, pues la intervención del Estado perjudica al funcionamiento normal de la competencia y el mercado.

Es indiscutible que inclusive los operadores económicos dominantes tienen derecho a competir sobre la base de sus méritos, y no tienen la obligación de contenerse de competir vigorosamente con competidores más pequeños o con empresas nuevas en el mercado<sup>30</sup>. Lo que sí está prohibido son las prácticas en las que el operador dominante abusa de su poder, generando un efecto negativo en la competencia. Estas prácticas pueden incluir la negativa injustificada de acceso o suministro, o la imposición de precios discriminatorios<sup>31</sup>.

Si analizamos la conducta de un operador que niega el acceso a la infraestructura de su propiedad, esta no encaja en una típica conducta de abuso de poder de dominio. En

---

<sup>28</sup> Artículo 238, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>29</sup> Agustín Grijalva Jiménez y José Vicente Troya, “Elementos para un derecho de la competencia en Ecuador”, *Foro: revista de derecho I* (2003),15.

<sup>30</sup> Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia* (Buenos Aires: Heliasta,2005), 584.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 582.

este caso, el operador no está actuando de manera activa para abusar de su posición en el mercado, sino ejercitando sus derechos constitucionales. Esto demuestra, nuevamente, que la determinación de que dicha conducta configura un abuso de poder de mercado, así como la imposición de la obligación de compartir, debe aplicarse únicamente en circunstancias excepcionales. Estas excepciones deben justificarse únicamente cuando no obligar al operador a compartir, resultaría en la eliminación de la competencia en el mercado.

Una intervención del Estado, que respeta los derechos fundamentales de propiedad y libertad de contratación, y cuida los incentivos para invertir, se presenta cuando el Estado interviene de forma *ex ante* en el desarrollo y ejecución de aquellas facilidades que son esenciales para competir en el mercado, de esta manera, en su calidad de propietario de la infraestructura, permite y establece las condiciones de acceso. Esta actuación puede mitigar el conflicto entre la necesidad de acceso a facilidades esenciales y la protección de los derechos fundamentales de los operadores económicos.

En resumen, esta contraposición de los objetivos y principios protegidos por el derecho de la competencia refleja el dilema de competitividad. Por un lado, imponer una obligación de compartir una infraestructura, rompe el principio de libertad contractual, y vulnera el derecho de propiedad, reduciendo los incentivos a innovar, invertir y desarrollar nuevos bienes y tecnologías, lo que impacta de forma negativa en la dinámica competitiva del mercado; pero por el otro, el permitir el acceso a los competidores a facilidades realmente esenciales, de propiedad de un operador dominante, en circunstancias específicas, es necesaria para proteger la competencia.

## **6. La obligación de compartir debe ser ordenada de manera excepcional**

El Estado puede obligar a compartir un bien o servicio de propiedad privada de un operador económico, en circunstancias excepcionales, pues su intromisión altera la dinámica competitiva, y anula los incentivos a invertir. El Estado solo debería obligar a compartir una infraestructura de propiedad privada, cuando la misma es verdaderamente esencial, en la medida que, ante la negativa de acceso del propietario a dicha facilidad, podría eliminar la competencia en el mercado.

### **6.1. Qué hace a una facilidad esencial**

Como se expuso anteriormente, comúnmente, los elementos aplicados en el análisis de los casos relacionados con la doctrina de las facilidades esenciales, incluyen,

pero no se limitan a: 1) el control de la instalación esencial por parte de un monopolista; 2) que el insumo sea indispensable para competir en el mercado, 3) la denegación del uso de la instalación a un competidor llevaría a la eliminación de la competencia efectiva, 4) la viabilidad de proporcionar la instalación; y 5) la falta de una justificación objetiva<sup>32</sup>.

De una lectura de los requisitos de aplicación, se colige que, de cierta manera, se asume que existe una instalación esencial, pero no se determina expresamente lo que significa esencial, ni se señala un test o estándar para establecer el carácter esencial de un bien. Pero el criterio central para la aplicación de la doctrina es distinguir aquellos bienes e insumos, que son verdaderamente esenciales para la competencia, de aquellos que no lo son.

Los siguientes subapartados, recogen las condiciones para que se determine que un insumo es esencial. En resumen, un insumo es esencial cuando el mismo es i) indispensable, –en el sentido de que no existen sustitutos reales ni potenciales y es imposible, práctica o razonablemente replicar el insumo–, por lo tanto, la imposibilidad de acceder a este recurso ii) puede conducir a la eliminación de la competencia.

#### **6.1.1. Indispensabilidad del insumo**

El elemento de indispensabilidad de un insumo se analiza a la luz de dos condiciones copulativas; la primera, que no existan sustitutos reales ni potenciales del insumo, y la segunda, la imposibilidad práctica o razonable de reproducir el insumo.

Respecto a la primera condición, Wish y Bailey señalan que el carácter de indispensabilidad está estrechamente relacionado con el nivel de sustituibilidad que pueda llegar a tener un bien en un mercado determinado<sup>33</sup>. En este sentido, definir adecuadamente el mercado relevante es crucial para un análisis correcto, pues el mismo se determina en atención a la intercambiabilidad o sustituibilidad de los productos o servicios<sup>34</sup>. Si existen bienes sustitutos, aunque estos sean menos eficientes o inclusive solo potenciales, el operador económico tiene la opción de usar o crear los mismos, lo que es un claro indicador de que la facilidad no es esencial, simplemente es la opción más sencilla para el operador requirente.

---

<sup>32</sup> Richard Wish y David Baley, *Competition Law*, 740

<sup>33</sup> María Arciniegas Cerquera y Pablo Onofre Arias, “Sobre la doctrina de facilidades esenciales y su aplicación por la autoridad de competencia colombiana”, *Derecho de Competencia* 12 (2016), 214

<sup>34</sup> Matilde Pacheco Cañete, “El abuso de posición dominante en el sector de la telefonía fija” en *Estudios de derecho de la competencia*, de J.I. Font y M.P. Abad (Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005), 415.

Por ejemplo, si una empresa A opera la única planta de generación de energía hidroeléctrica, esta no sería indispensable para competir en el mercado energético local, debido a la existencia de sustitutos para la provisión de energía, como paneles solares, generadores eólicos, energía geotérmica, que, aunque puedan ser menos eficientes, brindan al operador requirente alternativas para seguir compitiendo en el mercado.

La segunda condición, para considerar un insumo indispensable es la imposibilidad práctica o razonable de replicarlo, pues es claro que si reproducir un insumo es fácil, barato y práctico no es un insumo esencial<sup>35</sup>. La imposibilidad práctica se refiere a que la reproducción del insumo sea física o legalmente imposible, mientras que la imposibilidad razonable se refiere a que la duplicación de la facilidad sea económicamente inviable.

En sentido estricto, la imposibilidad física, surge a raíz de las limitaciones naturales, que hacen verdaderamente imposible duplicar el insumo. Un ejemplo de imposibilidad de replicación física se encuentra en el proceso de producción del agua mineral Güitig. Esta agua proviene de los deshielos de los glaciares de varios volcanes andinos, como el Cotopaxi, los Illinizas y el Pasochoa, y se fusiona naturalmente con gas que emerge de una falla geológica ubicada en Machachi<sup>36</sup>. Estas condiciones son físicamente imposibles de replicar, en el sentido de que, si bien es técnicamente viable extraer agua mineral en otras regiones, —lo que implica que sí existen alternativas o sustitutos para competir en este mercado—, ninguna tendría las características distintivas de Güitig, cuyas características y composición química dependen exclusivamente de estas condiciones geográficas y geológicas.

Cada vez es más difícil identificar insumos que sean físicamente imposibles de replicar, pues, en teoría, todas las facilidades esenciales podrían ser duplicadas a algún costo<sup>37</sup>. Por ello, la discusión actual, se centra en determinar en qué punto la duplicación del insumo es económicamente inviable, más que en determinar la imposibilidad física de duplicación.

La imposibilidad legal de replicar un insumo se genera cuando existen restricciones legales o regulatorias que impiden que otros agentes económicos puedan desarrollar o duplicar ese insumo o infraestructura. Este es el caso de la información o

---

<sup>35</sup> Massimo Motta, *Política de competencia*, 100.

<sup>36</sup> Gabriel Coba, “El agua de Güitig dará el salto a España tras ingresar a Panamá”, *Primicias*, 31 de octubre de 2020.

<sup>37</sup> Mats Bergman, “The role of the essential facilities doctrine”, *The Antitrust Bulletin* 43 (2001), 418.

derechos protegidos por derechos de autor. En el denominado caso Magill, el TJUE determinó que tres canales de televisión abusaron de su posición dominante, al negarse a conceder una licencia a Magill, sobre información relativa a su programación, la cual estaba protegida en ese país por derechos de autor<sup>38</sup>. En este caso, en principio, Magill estaba legalmente imposibilitado a usar la programación semanal de los tres canales de televisión, porque los mismos estaban protegidos por derechos de autor, sin embargo, debido a que el uso de la programación semanal era indispensable para desarrollar un nuevo producto que respondía a una demanda del mercado, el TJUE concluyó que en circunstancias excepcionales, el acceso debe garantizarse para proteger la competencia y evitar bloqueos al desarrollo del mercado.

Por último, un insumo se considera imposible de replicar, no solo cuando existen impedimentos físicos o legales, sino también cuando su duplicación resulta económicamente inviable, y no solamente muy costosa. Este criterio se refleja en el caso Bronner, en el que el TJUE determinó que, para establecer la existencia de obstáculos de carácter económico, debe acreditarse, como mínimo, que la creación de un insumo alternativo no sería económicamente viable para una producción a una escala comparable a la de la empresa dominante<sup>39</sup>.

El Abogado general Jacobs, en sus conclusiones respecto al caso Bronner, reconoció que, aunque podría no ser económicamente viable establecer un sistema nacional de distribución para un periódico con baja circulación, como el de Bronner, sería necesario probar que el nivel de inversión requerido para construir un sistema de distribución a domicilio sería tan alto que desalentaría incluso a un periódico de gran alcance, como Mediaprint, de ingresar al mercado<sup>40</sup>. Este criterio respalda la idea que subyace el test del competidor igualmente eficiente en conductas de abuso no relacionadas al precio<sup>41</sup>.

El test del competidor igualmente eficiente es usado especialmente para circunstancias donde el parámetro relevante de la competencia es el precio, como el caso de los rebates y otras formas de acuerdos de exclusividad. En estas circunstancias, la conducta es abusiva si es capaz de excluir a aquellos competidores igualmente

---

<sup>38</sup> C-241/91 P y C-242/91, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de abril de 1995.

<sup>39</sup> *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- y Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y otros*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26 de noviembre de 1998, párr. 46.

<sup>40</sup> Opinión del Abogado General Jacobs, dentro del caso *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- y Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y otros*, 28 de mayo de 1998, párr. 68.

<sup>41</sup> Richard Wish y David Baley, *Competition law*, 744.

eficientes<sup>42</sup>, este test refleja el objetivo del derecho de competencia de proteger el proceso competitivo, y no a competidores menos eficientes.

En el caso de las conductas de abuso no relacionadas con el precio, aunque la aplicación del test es más compleja, el principio fundamental que subyace el mismo, sigue siendo aplicable. En palabras de Pablo Ibáñez Colomo “[e]l test del competidor igualmente eficiente implicaría la aplicación de este estándar a todas las conductas potencialmente excluyentes”<sup>43</sup>.

En conclusión, la imposibilidad de duplicar un insumo, por inviabilidad económica, implica que replicar el mismo sea económicamente inviable para un competidor igualmente eficiente que el dominante, y no para el operador económico que solicita el acceso.

### **6.1.2. La eliminación de la competencia**

El requisito de indispensabilidad no se satisface si el insumo es solamente indispensable para el operador que busca acceder a la facilidad esencial, la facilidad debe ser indispensable para la competencia. La obligación de compartir el acceso tampoco debería justificarse en la utilidad pública de las facilidades esenciales, si las mismas son producto de la inversión del operador dominante. El carácter de indispensabilidad implica que el insumo sea indispensable para que exista competencia, en este escenario, una negativa a permitir el acceso podría eliminar la competencia en el mercado.

En este sentido, Seelen, citando a William Tye, señaló que la aplicación de la doctrina “se centra indebidamente en el efecto de la denegación de acceso sobre la capacidad del demandante para competir, y no en la infracción de la competencia, que es el objetivo de la legislación antitrust”<sup>44</sup>.

La jurisprudencia más relevante ha reconocido que, el hecho de que la conducta de negativa de acceso pueda eliminar la competencia, es determinante para obligar a un operador a permitir el acceso a la facilidad esencial. En el caso *Commercial Solvents Corporation*, el TJUE estableció que una empresa dominante, como *Commercial Solvents*, que suministraba insumos a los fabricantes de productos derivados, no podía

---

<sup>42</sup> Luc Peepkorn, “Conditional pricing and the AEC test – A happy marriage or an awkward couple?”, *Concurrences: Competition Law Review* 2 (2019), 42 (traducción no oficial).

<sup>43</sup> Pablo Ibáñez Colomo, *The notion of Abuse within the Meaning of Article 102 TFEU* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 156 (traducción no oficial).

<sup>44</sup> Christopher M. Seelen, “The essential Facilities doctrine: What does it mean to be essential?”, *Marquette Law Review* 80 (1997), 1123 (traducción no oficial).

negarse a seguir suministrando este insumo, por el hecho de haber decidido empezar a comercializar productos derivados, empezando a competir con sus antiguos clientes, justamente, en la medida en que este comportamiento podría eliminar la competencia<sup>45</sup>.

Este criterio, también se encuentra respaldado por la sentencia del TJUE en el caso CBEM El tribunal concluye que:

[C]onstituye un abuso [...] el hecho de que una empresa dominante en un mercado concreto se reserve [...] una actividad auxiliar que podría ser realizada por otro operador como parte de las actividades de esta en un mercado afín, pero separado, por la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa<sup>46</sup>.

En Bronner, el TJUE reconoció que el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante se niegue a abastecer a una empresa, con la que compite en un mercado afín, solo es abusiva en la medida en que el comportamiento citado pueda eliminar la competencia<sup>47</sup>.

En conclusión, si se analiza el carácter de esencial, bajo la premisa de que el insumo sea indispensable para el competidor, se exacerbarán los riesgos de *free riding* y se restarán los incentivos para innovar y crear su propio insumo o instalación esencial, además de que menoscaban el objetivo del derecho de competencia que busca proteger al proceso competitivo como creador de eficiencia económica, lo que se traduce en un aumento en el bienestar del consumidor, y no de proteger las necesidades de los competidores.

## **7. Discusiones recientes alrededor de la doctrina de las facilidades esenciales**

La jurisprudencia más reciente ha redefinido los límites para la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. Este apartado, revisa estas decisiones, y el impacto e implicaciones para la aplicación de dicha doctrina.

### **7.1. Slovak Telekom**

---

45 Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de marzo de 1974, párr.25 (traducción no oficial).

<sup>46</sup> *Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT)*, Tribunal De Justicia de la Unión Europea, sala quinta, 3 de octubre de 1985, 1137.

<sup>47</sup> *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- y Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y otros*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26 de noviembre de 1998, párr. 38

Slovak Telekom es un operador de telecomunicaciones, que posee redes de bucles locales que sirven para prestar servicios de internet y telecomunicaciones al 75,7% de hogares en la República Eslovaca, el acceso al bucle local por parte de proveedores que no poseen infraestructura se facilitó en la normativa secundaria de la Unión Europea<sup>48</sup>. La Comisión Europea determinó que Slovak Telekom abusó de su posición dominante porqué incumpliendo sus obligaciones, establecidas en virtud de este marco regulatorio, obstaculizó el acceso a su bucle local para prestar servicios de internet y telecomunicaciones<sup>49</sup>.

El 25 de marzo de 2021, el TJUE desechó el recurso de apelación presentado por Slovak Telekom, confirmando la decisión de la Comisión Europea. Todas las alegaciones presentadas por Slovak Telekom, en su recurso de apelación, se basaban en la premisa de que la Comisión Europea no podía declarar el carácter abusivo de las prácticas controvertidas sin comprobar el carácter de indispensabilidad del bucle local, en base a lo establecido en la sentencia del caso Bronner<sup>50</sup>.

El TJUE estableció que la aplicación de los requisitos establecidos en Bronner solo es aplicable cuando las conductas acusadas “consistan en negativa de una empresa dominante a dar acceso a un competidor a una infraestructura que había desarrollado para las necesidades de su propia actividad, con exclusión de cualquier otro comportamiento”<sup>51</sup>.

La razón de esta distinción no es nueva, la limitación de la aplicación de Bronner exclusivamente a conductas de negativa de acceso, se debe a que el imponer una obligación de permitir el acceso a empresas competidoras entraña un atentado grave y específico contra la libertad contractual y contra el derecho de propiedad, y que, estos derechos no protegen el establecimiento de cláusulas contractuales desfavorables, por tanto, tal práctica no merece la misma protección, pues las medidas correctivas serán menos lesivas para estos derechos<sup>52</sup>.

La decisión del TJUE también reconoce que el imponer una obligación de compartir atenta contra los incentivos a invertir e innovar, por el hecho de que “si se

---

<sup>48</sup> Conclusiones del abogado general Henrik Saugmandsgaard, en los asuntos C-152/19 P y C-165/19 P 9 de septiembre de 2020, párrs 1-13.

<sup>49</sup> Slovak Telekom A.S. ,Caso AT.39523, Comisión Europea, 15 de octubre de 2014, párr.379.

<sup>50</sup> Conclusiones del Abogado general Henrik Saugmandsgaard, en los asuntos C-152/19 P y C-165/19 P 9 de septiembre de 2020,párr. 51.

<sup>51</sup> Slovak Telekom A.S. c. Comisión Europa, Tribunal de justicia de la Unión Europea, Sala tercera, 25 de marzo de 2021, párr.45.

<sup>52</sup> Conclusiones del Abogado general Henrik Saugmandsgaard , en los asuntos C-152/19 P y C-165/19 P 9 de septiembre de 2020, párrs.67-74.

concediera con demasiada facilidad el acceso a una instalación [...], los competidores no se verían estimulados a crear instalaciones similares”, y que “una empresa dominante sería menos proclive a invertir en instalaciones eficaces si pudiera verse obligada, meramente porque sus competidores lo solicitaran, a compartir con ellos los beneficios obtenidos de sus propias inversiones”<sup>53</sup>.

## **7.2.Lithuanian Railways**

El 12 de enero de 2023, el TJUE ratificó la decisión de la Comisión Europea, de imponer a la empresa Lithuanian Geležinkeliai (, LG,) una multa de 28 millones de euros por abusar de su posición dominante, al dismantelar un tramo de la vía férrea que conectaba Lituania y Latvia, la misma es de propiedad del estado de Lituania, pero estaba administrada por LG.

En el caso, Orlen Lietuva AB (, Orlen,) solía usar el sistema de LG, para exportar sus productos de Lituania a Latvia, sin embargo, por una disputa financiera, a raíz de las tarifas cobradas por LG, Orlen decidió contratar directamente con Latvijas dzelzceļš (, LDZ,), competidor de LG, poco después, LG dismanteló la parte de la vía que unía la refinería de Orlen con la red ferroviaria de LDZ<sup>54</sup>.

LG impugnó la resolución de la Comisión Europea, señalando que su conducta no debía ser considerada abusiva, a menos que se demuestre que ese pedazo de la vía férrea era indispensable y que la falta de reparación de este eliminaba toda la competencia en el mercado, LG sostuvo que existían rutas alternativas, por lo que la infraestructura no era indispensable y no calificaba como una facilidad esencial<sup>55</sup>. El Tribunal General de la Unión Europea concordó en que el comportamiento examinado, es decir, la supresión de un tramo de la vía férrea no debía analizarse a la luz de la doctrina de las facilidades esenciales, sino que debe estudiarse como una conducta exclusoria, bajo la teoría de daño de la depredación<sup>56</sup>.

El Abogado general Arthanasios Rantos, y el TJUE establecieron que el supuesto de que una empresa dominante destruya una infraestructura debe distinguirse del de una

---

<sup>53</sup> Slovak Telekom A.S. v. Comisión Europea, Tribunal de justicia de la Unión Europea, Sala tercera, 25 de marzo de 2021, párrs.47-48.

<sup>54</sup> *Lietuvos geležinkeliai AB c.. European Commission* T-814/17, Tribunal General de la Unión Europea, 18 de noviembre de 2020, párrs. 72-75

<sup>55</sup> *Lietuvos geležinkeliai AB v. European Commission*, párrs. 77.

<sup>56</sup> Conclusiones del Abogado General Athanasios Rantos, en *Lietuvos geležinkeliai AB v. Comisión Europea*, T-814/17, 7 de julio de 2022, párrs.78-80.

denegación de acceso<sup>57</sup>, no solo por los argumentos ya señalados en Slovak Telekom, sino además porque se desprende que tal comportamiento no responde a ninguna justificación distinta de la de perjudicar a los competidores<sup>58</sup>.

Además, debemos destacar que LG, era el administrador de las infraestructuras ferroviarias lituanas, y debido a regulaciones normativas previas tenía la responsabilidad de conceder acceso a las infraestructuras ferroviarias públicas. El TJUE determinó que la doctrina Bronner, tampoco es aplicable en tanto la protección de los incentivos para invertir no subsiste cuando la posición dominante tiene su origen en un monopolio legal, y la empresa no invirtió en la realización de la infraestructura.<sup>59</sup>

Otro aporte importante, es el realizado por el Tribunal General de la Unión Europea, que recordó, acertadamente, que la lista de prácticas abusivas que figura en el artículo 102 del TFUE no es una lista taxativa, de modo que la relación de prácticas abusivas enumeradas en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el derecho de la Unión<sup>60</sup>.

### **7.3. Google Search (Shopping)**

El 10 septiembre de 2024, el TJUE, puso fin a la saga del caso Google Search (*Shopping*), el Tribunal confirmó que Google abusó de su posición de dominio al favorecer sistemáticamente su propio servicio de comparación de precios en compras, Google Shopping, en la página de resultados de su motor de búsqueda, frente al de sus rivales<sup>61</sup>.

Google, desde un inicio, argumentó que la conducta solo podría ser considerada como abusiva si se cumplían los criterios establecidos en Bronner. La Comisión Europea indicó que no era necesario que Google permitiera el uso de sus páginas, cediera elementos de sus activos, ni que celebrara contratos con personas que no había elegido, debido a que, las prácticas controvertidas no tenían que ver con una negativa pasiva de acceso por parte de Google a sus páginas de resultados generales, sino con un

---

<sup>57</sup> Lietuvos geležinkeliai AB v. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 12 de enero de 2023, párr.81.

<sup>58</sup> Conclusiones del Abogado General Athanasios Rantos, en *Lietuvos geležinkeliai AB v. Comisión Europea*, T-814/17, 7 de julio de 2022, párr. 79.

<sup>59</sup> Conclusiones del Abogado General Sr.Athanasios Rantos, párrs.78-80

<sup>60</sup> Lietuvos geležinkeliai AB v. Comisión Europea, Tribunal General de la Unión Europea., 18 de noviembre de 2020, párr. 85.

<sup>61</sup>. *Google and Alphabet v. European Commission* / T-612/17, Tribunal General de la Unión Europea 10 de septiembre de 2024.

comportamiento activo de *self-preference*, por lo que la Comisión indicó que la doctrina Bronner no era aplicable a estas conductas.<sup>62</sup>

En este sentido, el TJUE distinguió la diferencia entre la conducta pasiva de negar el acceso, y la conducta activa de favorecer los productos o servicios de una firma en detrimento de sus competidores<sup>63</sup>. Ambas conductas pueden crear efectos contrarios a la competencia, al menos potenciales, incluso efectos de exclusión, pero no son asimilables puesto que el estado no obligará a la empresa dominante a dar acceso a su infraestructura, al haber sido ya concedido dicho acceso, las medidas que se adopten en tal contexto serán, por tanto, menos lesivas para los derechos de propiedad y libertad de contratación<sup>64</sup>.

El Tribunal de Justicia nuevamente señaló que la aplicabilidad de los criterios de Bronner solo se emplea cuando las circunstancias consisten “en la negativa de una empresa dominante a permitir que un competidor accediera a una infraestructura que había desarrollado para las necesidades de su propia actividad, con exclusión de cualquier otro comportamiento” En el caso, Google sí permite a los comparadores de productos de la competencia el acceso a su servicio general de búsqueda y a las páginas de resultados generales, pero somete dicho acceso a requisitos discriminatorios<sup>65</sup>, por lo que Bronner no es aplicable.

#### **7.4. Hacia una aplicación más estricta de la doctrina de las facilidades**

Las sentencias mencionadas han contribuido a clarificar las condiciones de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, y de manera indirecta, han subrayado la importancia de la correcta aplicación de las cláusulas generales y de que los tipos de abuso de posición de dominio tipificados se subsuman a la conducta analizada.

Aunque por mucho tiempo, las cortes han aplicado la doctrina de las facilidades esenciales, no solo para casos de negativa de acceso, sino para una larga lista de conductas de abuso de poder de mercado como, dilaciones injustificadas en las negociaciones contractuales, la imposición de precios excesivos o no razonables, la demanda de condiciones o configuraciones técnicas no justificadas objetivamente, o la promoción

---

<sup>62</sup> Google Search (Shopping), *antitrust procedure Case AT.39740*, 27 /06/2017 párrs. 650-651

<sup>63</sup> *Google v. European Commission / C-48/22 P*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10 de septiembre de 2024, párrs.247.

<sup>64</sup> *Google v. European Commission / C-48/22 P*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10 de septiembre de 2024, párrs. 112

<sup>65</sup> *Google v. European Commission / C-48/22 P*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10 de septiembre de 2024, párrs. 110

infundada de la obsolescencia técnica del producto<sup>66</sup>. Los casos revisados, demuestran que la aplicación de la doctrina se limita, exclusivamente a conductas de negativa de acceso a infraestructura, desarrolladas por el operador dominante para sus propias necesidades, y no a otras conductas.

Las decisiones reforzaron la idea de que la aplicación de la doctrina se limita exclusivamente a conductas de negativa de venta, y no a cualquier otra, incluso si esta última tiene los mismos efectos que una negativa. Fundamentalmente, porque en aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, ante una negativa de acceso, el remedio aplicado por las autoridades de competencia es la obligación de compartir el acceso, un remedio que únicamente puede ser aplicado a esta conducta, por la grave intromisión en los derechos de libertad de contratación y propiedad.

No es lógico que otras prácticas abusivas que desincentivan el uso de una instalación, hasta el punto de impedir a las partes contratantes de la empresa dominante entrar en un mercado o expulsarlas de él, merezcan el mismo estándar que el establecido por la doctrina de facilidades esenciales.

Además, la jurisprudencia reconoce que más allá de la afectación a derechos constitucionales, la imposición de una obligación de compartir puede a largo plazo desincentivar la inversión y la innovación.

Las decisiones revisadas indican que la doctrina de las facilidades esenciales tampoco es aplicable en los casos en que el acceso a la instalación ya ha sido exigido por otros instrumentos regulatorios. El planteamiento señala la importancia de evaluar la negativa de acceso, considerando el marco regulatorio que ordena y regula el acceso a la infraestructura. El Tribunal General de la Unión Europea, estableció expresamente que la aplicación de la doctrina Bronner, en la conducta de negativa de acceso, solo puede aplicarse en ausencia de un marco regulatorio que ya regula las condiciones de acceso. La lógica detrás de esta limitación es la misma, si ya estas obligado a permitir el acceso, en virtud del marco regulatorio, la medida impuesta por la autoridad de competencia no será tan gravosa.

Por último, aunque no de forma expresa, la decisión en el caso *Lithuanian Railways* consideró que la eliminación de un pedazo del ferrocarril constituía un abuso de posición dominante bajo el artículo 102 del TFEU. Esto reafirma que el ámbito de aplicación del artículo 102 del TFUE, como cualquier otra cláusula prohibitiva general,

---

<sup>66</sup> José María Beneyto y Jerónimo Maillo, *Tratado de derecho de competencia*, 489

buscan capturar a todas las prácticas de explotación abusiva por parte de un dominante en el mercado interior o en parte sustancial del mismo. Aplicar el estándar de la doctrina de las facilidades esenciales a cualquier conducta de abuso con efecto exclusorio podría restar eficacia a las cláusulas generales, ya que este estándar es mucho más exigente.

Las cláusulas generales están diseñadas para adaptarse a nuevas formas de abuso que pueden surgir, lo cual es de suma importancia en este momento, especialmente por la aparición de nuevos mercados que, presentan características únicas comparados con los mercados tradicionales <sup>67</sup>. Este enfoque flexible es fundamental en el contexto de los cambios rápidos que experimentan los mercados actuales.

Por lo expuesto, es fundamental que la aplicación de la doctrina de las facilidades sea limitada y reservada para los casos de negativa de acceso. No solo porque su aplicación restringe derechos de propiedad y libertad de contratación y menoscaba los incentivos a invertir e innovar, sino también porque extender esta doctrina a otras conductas de abuso diluiría su propósito y restaría eficacia a las cláusulas generales, como la del artículo 102 del TFUE.

## **8. Banred: el caso ecuatoriano**

El caso Banred comenzó hace más de 4 años, cuando el operador Red Transaccional Cooperativa S.A. (, RTC,) presentó una denuncia en contra de Banred S.A. (, Banred,) por el supuesto cometimiento de actos de abuso de poder de mercado. El caso concluyó, el 27 de agosto de 2024, con la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que determinó que Banred no era culpable de los cargos imputados por la SCE<sup>68</sup>.

Banred y RTC son competidores directos en el negocio de servicios financieros, por una parte, Banred agrupa a los principales bancos del país, mientras que, RTC agrupa a las principales cooperativas. Hasta finales de 2019, estos dos operadores mantenían un convenio de conexión interredes de cajeros automáticos, cuando este convenio finalizó, las partes iniciaron el proceso de renovación del contrato, pero RTC consideró que las nuevas condiciones establecidas por Banred eran abusivas y discriminatorias respecto a las establecidas para el Banco del Austro, y contrarias a lo establecido en la LORCPM.

---

<sup>67</sup> Garimi Gupta, “Antitrust concerns in the age of data-driven economies: the need to revive the essential facilities doctrine”, *Liverpool Law Review* 215 (2014), 210.

<sup>68</sup> Anteriormente se llamaba Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia (, CRPI), sancionó a Banred por el cometimiento de prácticas de abuso de poder de mercado, específicamente por incumplir los numerales 1, 7 y 15 del artículo 9 de la LORCPM, decisión que fue confirmada por el Superintendente al resolver el recurso de apelación presentado por Banred. Finalmente, y de forma acertada, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declaró la nulidad de la resolución emitida por la CRPI.

### **8.1. La SCPM distorsionó la excepcionalidad de la aplicación de la obligación a compartir**

Si bien la SCE, en el presente caso, no aplicó de manera expresa la doctrina de las facilidades esenciales, a partir del análisis de los argumentos presentados se desprende que la SCE consideró a la red de cajeros de Banred como una facilidad esencial para participar en el mercado. Por ejemplo, la SCE al analizar los efectos económicos en el mercado, señala que:

[L]a aplicación al presente caso se puede anotar que la empresa con poder de mercado puede invertir en capacidad adicional para ampliar su acaparamiento, así como prácticas para el bloqueo de acceso de los rivales a **insumos esenciales**, la imposición de precios y condiciones contractuales desproporcionadas<sup>69</sup>

A partir de este tipo de argumentos, se desprende que la SCE consideró que la red de cajeros de Banred es una facilidad esencial. Sin embargo, no explicó porque la misma es indispensable para que exista competencia en el mercado ni porque Banred está obligada a permitir el acceso a RTC, su competencia en el mercado, en condiciones que la SCE considere justas, pues es ampliamente reconocido que la negativa a negociar con rivales horizontales en el mismo mercado rara vez, o nunca, debería ser ilegal en virtud de la legislación antimonopolio, incluso para un dominante<sup>70</sup>.

La SCE estableció que “el operador económico denunciado, en abuso de su posición de poder ha pretendido limitar el acceso y excluir a su competencia”<sup>71</sup>, pero arribó a esta conclusión, sin demostrar que la red de cajeros de Banred es esencial para competir en el mercado, y que su conducta tiene efectos exclusorios para RTC. La SCE tampoco demostró porque es imposible que otro operador del mercado pueda replicar la

---

<sup>69</sup> Expediente No. SCPM-CRPI-001-2022, Superintendencia de Control de Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, 11 de mayo de 2022, párr.653 (énfasis añadido).

<sup>70</sup> *Report and Recommendations, Antitrust Modernization Commission*, abril de 2007, 101.

<sup>71</sup> Expediente No. SCPM-CRPI-001-2022, Superintendencia de Control de Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, 11 de mayo de 2022, párr.652 (énfasis añadido).

red de Banred, ni porqué tiene que obligarse a Banred a permitir que RTC continúe utilizando su servicio a un nivel de precios determinado por la SCE.

La SCE, para evitar analizar estos puntos, sancionó a Banred por cometer conductas excluyentes al aplicar condiciones discriminatorias a RTC frente al Banco del Austro, por lo que solo se limitó a demostrar que no existía una justificación de costos para el precio ofrecido a RTC, y en este sentido, que los precios eran excesivos<sup>72</sup>. Lo que, además, lleva a concluir que, para la SCE, cualquier precio que no tenga una justificación relacionada a los costos, es considerado excesivo, y suficiente para acreditar la existencia de una conducta exclusoria, sin si quiera demostrar los efectos, reales o potenciales, que podría tener la conducta.

Finalmente, el TCA, al resolver el recurso subjetivo presentado por Banred en contra de la resolución de la CRPI. estableció aquello tan importante, que la SCE paso por alto; “BANRED no tiene la obligación de contratar con su competidor en los términos que la Superintendencia considere adecuados”<sup>73</sup>.

## **8.2. BANRED no tiene la obligación de contratar con su competidor en los términos que la SCE considere adecuados**

Este caso reconoce la importancia de respetar la regla general según la cual los operadores económicos no están obligados a contratar con sus competidores, y que la imposición de la obligación de contratar con otro operador del mercado, especialmente con la competencia directa, es excepcional, por lo que esta restricción debe ser adecuadamente fundamentada y acorde con los estrictos criterios y límites para la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales.

Si la SCE buscaba imponer a Banred una obligación a contratar con su competidor en los términos que la misma considere adecuados, debió establecer con claridad y como mínimo, que la red de cajeros de Banred era una facilidad esencial e indispensable para la competencia en el mercado y que no podía replicarse de manera razonable, además de demostrar que la conducta de Banred tendría el efecto, potencial o real, de excluir a RTC del mercado.

---

<sup>72</sup> Expediente No. SCPM-CRPI-001-2022, Superintendencia de Control de Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, párr.652.

<sup>73</sup> Sentencia 09802-2022-01601, Corte Provincial del Guayas, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, 27 de agosto de 2024, 11.

Como mencionamos, la tendencia actual es que la doctrina de las facilidades esenciales solo aplique para las conductas de negativa de acceso, pero esto no implica que para el resto de las conductas exclusorias de abuso de poder de dominio, la agencia de competencia no deba probar como mínimo la existencia de la conducta, y los efectos, potenciales o reales, –pero jamás hipotéticos– perjudiciales en el mercado.

## **9. Conclusiones y recomendaciones**

La doctrina de las facilidades esenciales, en sus orígenes, se aplicaba, y debe volver a aplicarse, de manera excepcional, porque implica que el estado puede intervenir e imponer a un operador la obligación de compartir bienes o insumos de su propiedad, limitando el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de contratación, y anulando los incentivos a invertir.

La aplicación de la doctrina debe dejar de flexibilizarse y extenderse a todo tipo de conductas de abuso exclusorias, y restringirse a la conducta de negativa de acceso, debido a la naturaleza y propósito con la que fue creada. En el caso de que la doctrina sí sea aplicable a la conducta, debe demostrarse con claridad y sin lugar a duda que se cumplen con los requisitos establecidos por la misma, especialmente con el carácter de esencial, mismo que se ha distorsionado, vulnerando los derechos constitucionales de los operadores y anulando los incentivos a invertir.

Recientemente, la jurisprudencia internacional, ha regresado a las raíces de la doctrina, estableciendo límites claros a su aplicación y reafirmando la importancia de que las restricciones a los derechos de libertad de contratación y al derecho de propiedad sean mínimas y excepcionales, notando que el imponer la obligación de compartir no solo vulnera estos derechos, sino que pone en riesgo la eficiencia de los mercados al disminuir los incentivos para invertir e innovar.

La nueva jurisprudencia, también ha puesto en la mira aquellos casos en los que la obligación de compartir surge de una regulación *ex ante*. En *Lithuanian Railways*, el TJUE, dejó claro que la doctrina de facilidades esenciales, en la línea de *Bronner*, no se aplica en contextos donde ya existen obligaciones regulatorias, lo que refleja que esta doctrina protege los incentivos a invertir, pues los mismo no se ven afectados en la medida en que la inversión sea realizada por el estado.

Para aplicar correctamente la doctrina de las facilidades esenciales, es necesario que los criterios sean estrictos y estén alineados con sus objetivos originales. Las cortes deben determinar el carácter de "esencialidad" bajo dos elementos clave: i) que la

infraestructura sea indispensable, es decir, que no existan sustitutos reales o potenciales y que sea imposible, práctica o razonablemente, replicarla; y ii) que la imposibilidad de acceder al recurso pueda llevar a la eliminación de la competencia.

El estado, en ejercicio de sus deberes constitucionales, puede proteger y promover la competencia en el mercado, lo que puede requerir, de forma excepcional, que el estado establezca una obligación de compartir una facilidad esencial de propiedad de un operador, pero únicamente en dos escenarios claramente definidos, en la medida que no afectan los incentivos a invertir, ni distorsionan el mercado. El primero, ocurre cuando el Estado, al considerar que una facilidad esencial es indispensable para la existencia de la competencia, y que la misma debe ser compartida, decide asumir la inversión inicial y regular las condiciones de acceso y compartición de manera *ex ante*. El segundo, es facultad de la SCE, la cual, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley, ante una conducta de negativa de acceso, puede imponer a un operador económico la obligación de compartir un bien o insumo de su propiedad. La SCE, ni ninguna autoridad de competencia, puede asumir que una facilidad es esencial, debe demostrarlo en los términos expuestos por este trabajo, de lo contrario ignora el principio fundamental del derecho de la competencia; los operadores económicos no están obligados a contratar con sus competidores, ni mucho menos compartir los retornos de su inversión.